

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateurs en droit belge

Triaille, Jean-Paul; BRISON, Fabienne

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
1991

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Triaille, J-P & BRISON, F 1991, 'La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateurs en droit belge', *Journal des Tribunaux*, Numéro 5611, p. 782-791.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Journal des tribunaux

7 décembre 1991
110^e année - N° 5611

Editeurs : Maison LARCIER, s.a., rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1889) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

EDITORIAL

Le 5 novembre 1944, le *J.T.* reparait pour la première fois depuis la guerre, dans le format que nous connaissons depuis lors, avec la présentation de la première page qui n'a pas changé pendant quarante-sept ans, sauf la « Thémis » qui d'un gris un peu terne devint bicolore, noire et blanche — le 14 avril 1946. C'était le n° 3615 du *J.T.*

Nous publions aujourd'hui le n° 5611. A peu de chose près, nous avons donc publié près de deux mille numéros avec la même présentation qui est abandonnée à partir d'aujourd'hui pour donner au *J.T.* un aspect plus aéré, plus léger, plus agréable pour le lecteur. Les caractères du titre sont modifiés, il est imprimé en deux tons; la lecture est rendue plus agréable par l'insertion de sous-titres; l'argument et le sommaire des décisions sont mieux mis en évidence; un seul caractère, fin et léger, est utilisé pour toute la composition, à l'exception des notes infrapaginales; le sommaire est placé en première page pour que le lecteur puisse immédiatement repérer ce qui l'intéresse.

Les juristes sont conservateurs et c'est normal puisque le droit doit assurer la sécurité des rapports entre les personnes, morales ou physiques, comme envers l'Etat. Mais il ne faut jamais l'être trop; il faut aussi accepter le changement, le provoquer s'il y a lieu.

Le *J.T.* veut garder sa place dans la littérature juridique belge et étrangère. En se modernisant dans sa présentation, il se montre prêt à répondre à tous les défis du grand marché européen de 1993.

Nous venons de publier une étude au sujet de l'Union européenne. Dès le mois de janvier, nous publierons une série d'articles brefs, mais faisant chaque fois le point dans les différents secteurs de l'activité économique, en ce qui concerne la mise en place des réglementations nécessaires pour la réalisation du marché unique.

L'augmentation du nombre de pages du *Journal* a permis de publier d'importantes études doctrinales sans pour autant sacrifier la jurisprudence et nous continuerons dans cette voie tout en insistant pour que nos lecteurs nous communiquent les décisions de jurisprudence intéressantes qu'ils ont obtenues.

Le droit européen, le droit fiscal, le droit des sociétés, le droit public connaissent des évolutions et des bouleversements importants et nous publierons évidemment les commentaires que cela appelle, sans négliger pour autant le droit civil et ses changements qui, sans être aussi spectaculaires, n'en sont pas moins importants.

Nous espérons que la présentation nouvelle du *J.T.* vous en rendra la lecture plus agréable. Nous souhaitons toujours être à l'écoute de nos lecteurs. Nous recueillerons avec intérêt vos critiques ... ou vos félicitations pour le nouveau « look » du *J.T.* mais surtout, nous serons toujours attentifs aux suggestions que vous nous adresserez.

R.O. DALCQ

SOMMAIRE

- La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge, par F. Brison et J.-P. Triaille 782
- Procédure civile - Demande - Conclusions additionnelles (Cass., 1^{re} ch., 31 octobre 1991) 791
- Droits d'enregistrement - Expertise (Cass., 1^{re} ch., 30 mai 1991) 792
- Divorce - Pension alimentaire (Cass., 1^{re} ch., 15 mars 1991) 792
- Responsabilité quasi délictuelle (Bruxelles, 2^e ch., 19 sept. 1991) 793
- Prêt hypothécaire - Notaire - Responsabilité professionnelle - Dommage - Intérêts judiciaires (Mons, 6^e ch., 2 mai 1991) 793
- Ministres - Articles 90 et 134 de la Constitution - Interview accordée par un ministre (Civ. Bruxelles, 4^e ch., 4 octobre 1991) 796
- Divorce - Juge des référés - I. Compétence d'attribution - II. Mesures provisoires - III. Appel - Effet dévolutif - IV. Obligation alimentaire (Civ. Bruxelles, réf., 30 sept. 1991) 797
- Baux commerciaux - Renouvellement (Civ. Mons, 2^e ch., 11 sept. 1991) 798
- Tierce opposition - Appel (Civ. Namur, réf., 19 juillet 1991) 799
- Détenu - Référé (Civ. Arlon, réf., 11 juillet 1991) 800
- Congrès - Colloques - Bibliographie - Echos - Coups de règle - Communiqué - Dates retenues.

1991
781

LA DIRECTIVE C.E.E. DU 14 MAI 1991 ET LA PROTECTION JURIDIQUE DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR EN DROIT BELGE

INTRODUCTION

Le 14 mai 1991, le Conseil des Communautés européennes a adopté une directive « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur » (1).

Les discussions, qui ont été lancées par la publication du « Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique » (2), il y a presque trois ans, ont été intenses. La publication ultérieure par la Commission de la proposition de directive (3) a entraîné, durant tout le processus d'adoption du texte, une activité de lobbying sans précédent de la part de l'industrie et des groupes de pression; elle a suscité de nombreuses études et commentaires des théoriciens du droit d'auteur et des praticiens de la matière. Les industriels (producteurs ou utilisateurs de logiciels), les commentateurs et les administrations nationales étaient tous divisés sur la teneur du système à adopter. Cela explique que, comme c'est souvent le cas, cette directive soit le résultat d'un compromis, et qu'elle a les avantages et les inconvénients de cette formule.

L'objet de cet article est, à titre principal, de présenter dans ses grandes lignes le texte qui a finalement été adopté et que les Etats membres doivent introduire dans leur droit national avant le 1^{er} janvier 1993 (4); l'occasion s'offre ainsi de faire le point de la situation actuelle en droit belge, avant l'adoption de la directive du 14 mai 1991; enfin, les perspectives d'introduction du texte communautaire en droit belge seront brièvement abordées, dans le cadre de la réforme actuelle envisagée pour la législation sur le droit d'auteur.

Avec le développement de l'informatique et l'importance économique croissante du secteur de la production et de la commercialisation des programmes d'ordinateur, la nécessité d'une protection juridique contre la copie s'est imposée de façon évidente, afin d'encourager les investissements, de récompenser l'innovation

et de stimuler la concurrence (5). Le logiciel est, en effet, le meilleur exemple du produit coûteux et lent à réaliser, et facile à copier à peu de frais. Traditionnellement, les mécanismes de protection issus de la propriété intellectuelle et industrielle poursuivent cet objectif double de protection du créateur (par l'octroi d'un monopole et de « droits exclusifs »), et d'encouragement à la création, dans l'intérêt de la société (en limitant la portée et la durée de l'exclusivité ainsi octroyée).

Logiquement, trois voies importantes se présentaient : le droit des brevets, le droit d'auteur, ou l'adoption d'un régime *sui generis*. Le choix entre ces trois voies, même s'il s'est clarifié ainsi qu'on le verra, fait depuis longtemps l'objet de discussions interminables (6).

La thèse de l'adoption d'un régime spécifique (*sui generis*) fut soutenue par l'O.M.P.I. (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle), mais pour différentes raisons ne fut pas longtemps retenue (7). La principale objection tenait à l'inexistence de conventions internationales et aux difficultés qu'il y aurait à organiser, sur la base d'une nouvelle convention, la protection internationale des programmes.

Pour d'autres raisons, la voie du brevet, *a priori* naturelle pour des créations essentiellement techniques, ne fut pas adoptée non plus, du moins à titre principal (8). L'absence d'une activité inventive suffisante et d'un caractère industriel rendait dans de nombreux cas ce moyen inaccessible; des difficultés d'ordre pratique (encombrement des Offices de brevets, difficultés d'un examen préalable sur la nouveauté) furent également invoquées.

Ainsi, c'est essentiellement vers le droit d'auteur que l'on s'est tourné, pour y trouver un régime de protection juridique du logiciel

contre la copie et ce sont les Etats-Unis qui ont inauguré la tendance, à propos de laquelle on peut dire qu'il y a maintenant un large consensus international.

C'est dans cette voie également, ainsi qu'on le verra, que la directive du 14 mai 1991 s'est engagée.

Le choix du droit d'auteur est peut-être critiquable (9); il est certain qu'il pose des problèmes difficiles et importants. L'objet principal de cet article n'est pas d'en discuter l'opportunité, même si cette question garde son intérêt en dépit des nombreuses consécutions législatives et jurisprudentielles que le choix du droit d'auteur a reçues.

LA SITUATION ACTUELLE EN DROIT BELGE

La question de la protection juridique des programmes d'ordinateur a donné lieu, en Belgique comme ailleurs, à de nombreuses analyses doctrinales (10), mais la jurisprudence belge est très pauvre à ce sujet. Ainsi qu'on le verra, il n'y a que quelques timides décisions dans le domaine du droit d'auteur, à côté d'autres décisions plus nombreuses relatives à la concurrence déloyale.

On ne fera ici qu'aborder la question de l'instrument juridique permettant, en Belgique, d'obtenir une protection (11).

La loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, reprenant ce que prévoit la Convention de Munich, précise que les programmes d'ordinateur ne sont pas des inventions brevetables quand la demande de brevet vise « le logiciel en tant que tel » (12). Malgré cette exclusion expresse, certains auteurs préconisent la solution du brevet pour les logiciels, et font une interprétation restrictive de l'exclusion prévue par la loi (13). Il n'y a cependant aucune jurisprudence confirmant une telle interprétation en Belgique.

(9) Cf. contre cette option du droit d'auteur, en Belgique, G. Vandenberghe, *Bescherming van computersoftware*, Kluwer, Anvers, 1984.

(10) On peut citer, à titre exemplatif, les thèses de G. Vandenberghe et de M. Flamée, citées *supra*; et les études de F. Gotzen, « L'ordinateur et la propriété intellectuelle », *J.T.*, 1976, pp. 89 et s.; B. Lejeune, « Protections juridiques du logiciel en droit belge », *J.T.*, 1986, pp. 605 et s.; plus récemment, J.-P. Triaille, « La protection des logiciels en Belgique », *L'informatique et le droit d'auteur*, éd. Y. Blais, Québec, 1990, pp. 356 et s., et M. Flamée, « La protection juridique du logiciel en droit privé belge au regard de l'enseignement du droit comparé », *Informatique juridique et droit de l'informatique*, 1991, n° 6, pp. 3 et s. et n° 7, pp. 3 et s.

(11) Pour une étude plus détaillée des conséquences du choix de l'instrument juridique (essentiellement le droit d'auteur), le lecteur se référera aux ouvrages et articles cités *supra*.

(12) Article 3 de la loi.

(13) Cf. M. Flamée, « La protection... », *op. cit.*, *Passim*.

(1) J.O.C.E., L 122 du 17 mai 1991, pp. 42 et s.

(2) « Problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate », C.O.M. (88), 172 final.

(3) Proposition de directive concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O.C.E., 12 avril 1989, C 191.

(4) Article 10 de la directive (qui prévoit en outre l'application de la directive aux programmes créés avant cette date « sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant cette date »). Ainsi qu'on le verra, la directive s'inscrit dans le programme d'action de la Commission pour l'« achèvement du marché intérieur ».

(5) C'est surtout à la fin des années 70 que les débats sur cette question ont commencé.

(6) A. Bertrand a parlé, nous sans ironie, de la « controverse historique », *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson, Paris, 1991, p. 470.

(7) Cf. les travaux au sein de l'O.M.P.I. du groupe d'experts sur les aspects « droit d'auteur » de la protection des programmes d'ordinateur, *Le droit d'auteur*, 1980, pp. 32 et s., 1983, pp. 243 et s., et 1985, pp. 128 et s.

(8) En Europe, ce choix s'est traduit par l'exclusion expresse de la brevetabilité, par la Convention de Munich (art. 52, al. 2 et 3), des logiciels « considérés en tant que tels ». Cette formulation, qui n'est pas dénuée d'ambiguïté, permettrait ainsi la brevetabilité de certains programmes; son interprétation fait l'objet de nombreuses controverses, et la voie du brevet reste préconisée par certains commentateurs; cf. H. Hanneman, *The Patentability of Computer Software*, Kluwer, Deventer, 1985, et en Belgique, la thèse de M. Flamée, *Octrooierbaarheid van software*, Die Keure, Bruges, 1985.

La loi sur le droit d'auteur, qui date du 22 mars 1886, n'a jamais été modifiée pour inclure les logiciels parmi les œuvres protégées, contrairement à ce que font, par exemple, les lois américaine, japonaise, allemande, française et anglaise. Ainsi qu'on le verra cependant, une proposition de réforme de la loi sur le droit d'auteur (appelée « proposition Lallemand ») est actuellement à l'étude au Sénat (14). Il était prévu d'y insérer quelques dispositions spécifiques concernant les logiciels, inspirées de la loi française, mais l'adoption de la nouvelle directive rend d'ores et déjà nécessaire la modification de ce projet de réforme.

La doctrine, dans sa majorité, se rallie, avec un enthousiasme variable, à la thèse de la protection des logiciels par le droit d'auteur.

Et la jurisprudence tend à s'aligner sur cette tendance, qui est générale, à une protection par ce biais-là. Les décisions au fond sont cependant rares et peu explicites (15). Il y a également des décisions rendues par des juges des saisies, à la suite de procédures de saisie-description, qui tendent à confirmer la thèse du droit d'auteur (16); une ordonnance de référé a par contre évité de trancher la question (17); enfin, dans le cadre d'une action en cessation, le président du tribunal de commerce s'est déclaré incompétent, sur la base de l'article 56 de l'ancienne loi sur les pratiques de commerce, au motif qu'il s'agissait d'actes de contrefaçon (18).

En dehors du champ du droit d'auteur, la protection est souvent recherchée dans le droit de la concurrence déloyale et des pratiques de commerce (19). Mise à part la décision qu'on vient de citer, l'action est souvent déclarée recevable, sur la base d'une interprétation restrictive de l'article 56 de l'ancienne loi. Le président du tribunal de commerce considérant que les actes constitutifs d'une éventuelle contrefaçon (sur la qualification de laquelle il ne se prononce pas) sont de toutes façons accompagnés d'autres agissements déloyaux justifiant son intervention (20).

Enfin, on signalera pour être complet, deux arrêts qualifiant de *vol*, au sens du droit pénal, la copie de logiciels (21); ces arrêts isolés ont cependant fait l'objet de fortes critiques (22).

De manière générale, les quelques décisions rendues ne donnent une réponse (approximative) que sur le principe de l'applicabilité du droit d'auteur au logiciel; les juges n'ont pas eu l'occasion d'aborder les conséquences d'une telle application, notamment quant à la titularité des droits, à l'objet, à l'étendue et à la condition de protection, ainsi qu'aux exceptions éventuelles. Sur ces différents points, la directive apporte maintenant des réponses, que le législateur et les juges belges seront appelés à mettre en œuvre.

LA DIRECTIVE DU CONSEIL DU 14 MAI 1991

L'objectif de la directive adoptée par le Conseil est triple : d'abord, il s'agit d'instaurer un *niveau adéquat* de protection des programmes d'ordinateur dans la Communauté européenne, car « la technologie qui s'y rapporte peut (...) être considérée comme fondamentale pour le développement industriel de la Communauté » (23); ensuite, il s'agit d'imposer un *régime harmonisé* de protection des programmes dans les différents Etats membres, et donc de rapprocher leurs législations, dont la disparité actuelle a « des effets négatifs directs sur le fonctionnement du Marché commun » (24); enfin, la Commission s'efforce de promouvoir la normalisation internationale dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, et les *systèmes ouverts* permettant l'interconnexion et la compatibilité des programmes et des équipements (25).

Le moyen choisi par la directive est le droit d'auteur (même si elle n'interdit pas le recours aux autres moyens juridiques de protection qui

peuvent exister). Ainsi qu'on le verra, l'application du droit d'auteur aux logiciels a rendu nécessaire l'adoption d'exceptions et de diverses dérogations; la volonté est cependant clairement exprimée de respecter la Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, afin de bénéficier d'un système déjà existant de protection internationale.

La procédure d'adoption choisie a été la « procédure de coopération » avec le Parlement européen, prévue à l'article 100 A du Traité de Rome (y inséré par l'Acte unique européen); on précisera que si l'article 100 A prévoit l'adoption des textes à la majorité qualifiée, le texte finalement proposé par la Commission est parvenu à recueillir l'unanimité au Conseil (26).

Pour la présentation de la directive, on tentera de suivre ci-après l'ordre de ses articles (27).

(26) Pour les propositions de la Commission, cf. *J.O.C.E.*, C 191 du 12 avril 1989, p. 4 et *J.O.C.E.*, C 191 du 20 déc. 1990, p. 22; pour les avis du Parlement, *J.O.C.E.*, C 231 du 17 sept. 1990, p. 78 et décision du 17 avril 1991. Une position commune du Conseil avait été arrêtée le 13 décembre 1990; le texte adopté le 14 mai 1991 est identique au texte de la position commune.

(27) La bibliographie relative à la directive est abondante.

Sur la proposition de directive dans ses différentes versions, on citera : Ph. Gaudrat, M. Briat, F. Toubol, « Europe des logiciels : au menu, P.L.A. du chef à la mode bruxelloise », *D.I.T.*, 1989, n° 2 et 3; C. Le Stanc, « Observations sur la proposition de directive du Conseil C.E.E. concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, n° 1, déc. 1989, pp. 3 et s.; G. Pellegrin, « Premiers commentaires sur le projet de directive européenne en matière de protection des logiciels », *Expertises*, n° 115, mars 1989, pp. 99 et s.; L. Costes, « La difficile harmonisation européenne de la protection juridique des programmes d'ordinateur », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, 1989, E, août 1989, pp. 12 et s.; C. Miller, « The Proposal for an EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs », *E.I.P.R.*, 1990, pp. 347 et s.; M. Prinsley et S. Baxter, « The proposed European Directive on the Legal Protection of Computer Programs », *Computer Law and Practice*, vol. 5, 1989, pp. 217 et s.; I. A. Staines, « The European Commission's Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs », *E.I.P.R.*, 1989, pp. 183 et s.; R. August, « The Draft Directive on Legal Protection of Computer Programs », *The Computer Law and Security Report*, 1989-1990, pp. 14 et s.; M. Lehmann et T. Dreier, « The Legal Protection of Computer Programs : certain aspects of the proposal for an EC Council Directive », *Computer Law and Practice*, 1990, pp. 92 et s.; K. A. Styrcula, « The adequacy of copyright protection for computer software in the European Community 1992 : a critical analysis of the EC's Draft Directive », *Jurimetrics Journal*, 1991, pp. 329 et s.; A. Lucas, « Copyright in the European Community : the Green Paper and the Proposal for a Directive Concerning Legal Protection of Computer Programs », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1991/1, pp. 145 et s.; A.P. Meijboom, « Het voorstel voor een richtlijn inzake programmatuurbescherming - een kritische beschouwing », *Computerr.*, 1989/3, pp. 118 et s.; F. A. M. Van Der Klauw, « Het voorstel voor een EG-richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's : de stand van zaken », *Computerr.*, 1990/3, pp. 244 et s.; A.P. Meijboom,

(14) Proposition de loi relative aux droits d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, *Doc. parl.*, Sénat, s.e. 1988, n° 329-1. Pour des commentaires sur ce texte, cf. notamment A. Berenboom, « Une nouvelle loi sur le droit d'auteur ? », *J.T.*, 1989, pp. 117 et s.

(15) Il n'y en a que quelques-unes qui, à notre connaissance, ont été publiées : Trib. Civ. Bruxelles, 30 sept. 1988, *D.I.T.*, 1989, p. 68 et note B. Lejeune; Trib. Civ. Hasselt, 30 avril 1990, *Computerr.*, 1991/3, pp. 162 et s.; Trib. Civ. Turnhout, 12 nov. 1984, *R.W.*, 1988-1989, pp. 411 et s.; Trib. Corr. Verviers, 4 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 709 et s.

(16) C. De Keersmaecker, « La saisie-description en matière de logiciel en droit belge », *Droit de l'informatique*, 1985, pp. 35 et s.; cf. aussi les décisions citées in B. Lejeune, « Protection... », *op. cit.*, p. 25.

(17) Prés. Trib. Bruxelles (réf.), 8 janv. 1985 (inédit) et Bruxelles (réf.), 24 juin 1986, *Droit de l'informatique*, 1987, n° 3, pp. 180 et s. et note B. Lejeune.

(18) Prés. Trib. Comm. Bruxelles, 4 oct. 1985, *Ing.-Cons.*, 1985, pp. 463 et s.

(19) Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce, remplaçant la loi du 14 juillet 1971.

(20) Cf. notamment, Prés. Trib. Comm. Bruxelles, 17 sept. 1982, *Rev. dr. comm. b.*, 1983, p. 641 et note G. Vandenberghe; Prés. Trib. Comm. Anvers, 29 nov. 1984 (inédit), et Anvers, 24 juin 1985, *Com-*

puterr., 1985, n° 7, pp. 42 et s.; Prés. Trib. Comm. Bruxelles, 9 août 1988, *D.I.T.*, 1989, p. 45, note B. Lejeune; récemment, Prés. Trib. Comm. Bruxelles, 2 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 260 et s., obs. Ph. Peters.

Sur la controverse relative à la portée de l'article 56, et les rapports entre le droit d'auteur et la concurrence déloyale, cf. notamment, I. Verougstraete, « Droit d'auteur et pratiques de commerce », *Les journées du droit d'auteur*, Bruylant, Bruxelles, 1989, pp. 219 et s. et J. Stuyck, « De stakingsrecht, de naleving van contracten en de bescherming van de intellectuele eigendom », *Rev. dr. comm. b.*, 1991, pp. 323 et s.

(21) Anvers, 13 déc. 1984, *Droit de l'informatique*, 1986, n° 2, p. 93 et note G. Vandenberghe; et Bruxelles, 5 déc. 1986, *Droit de l'informatique*, 1987, n° 1, pp. 53 et s. et note B. De Schutter.

(22) On se gardera de confondre la reproduction illicite de logiciels avec le domaine de la « criminalité informatique » (où ce sont des questions d'accès à un système, de destruction de fichiers, de falsification de données, etc... qui sont en cause). A ce sujet, cf. notamment, J.-P. Spreutels, « Droit pénal des affaires, chronique de jurisprudence (1988-1989) », *Rev. dr. comm. b.*, 1990, pp. 763 et s.

(23) Exposé des motifs, § 3.

(24) Exposé des motifs, § 4.

(25) Exposé des motifs, notamment §§ 9, 10, 12, 27.

1. — L'objet de la protection

a) L'assimilation aux « œuvres littéraires » au sens de la Convention de Berne (art. 1.1).

La directive prévoit la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur, en tant qu'œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. La protection par le droit d'auteur n'exclut toutefois nullement les autres formes de protection, notamment celle du droit des brevets (28).

Alors que la cour d'appel de Bruxelles a considéré dans son arrêt du 20 juin 1986 que « les droits de l'appelant sur les programmes litigieux apparaissent incontestables, quelle que soit la qualification de ce droit » (29), aujourd'hui les tribunaux belges acceptent la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur, sans qu'ils les assimilent pour autant aux œuvres littéraires (30).

L'assimilation des programmes d'ordinateur aux œuvres littéraires se justifie dans la mesure où le programme d'ordinateur est une œuvre « écrite » par un être humain, comme tout autre texte littéraire, voire scientifique, avant qu'il ne soit traduit en un langage compréhensible par l'ordinateur, à savoir en code objet (31).

Cette assimilation s'explique par le souci de leur conférer une protection internationale immédiate, à savoir celle de la Convention de Berne (32). Dans le cas où les programmes

d'ordinateur seraient considérés comme une catégorie distincte et nouvelle d'œuvres protégées, les Etats membres de la Convention de Berne seraient libres d'appliquer ou non la protection par le droit d'auteur aux programmes d'ordinateur et leur protection internationale ne serait dès lors pas garantie.

b) La notion de « programme d'ordinateur » (art. 1.1).

Bien qu'une définition des termes employés par la directive puisse être utile afin d'éviter des divergences entre les Etats membres quant à la détermination de son champ d'application, l'insertion de telles définitions peut s'avérer dangereuse en raison de la rapidité de l'évolution technique dans ce domaine et dès lors avoir un effet restrictif non souhaité.

L'article premier précise que le terme « programme d'ordinateur » comprend le matériel de conception préparatoire. Selon l'exposé des motifs, le terme « programme d'ordinateur » vise les programmes sous quelque forme que ce soit, y compris ceux qui sont incorporés au matériel (33). Il s'en suit que la protection est applicable aux différentes sortes de logiciel, notamment le logiciel d'exploitation (34), le logiciel d'application (35), les jeux électroniques, etc. Toujours selon l'exposé des motifs, le terme « programme d'ordinateur » comprend également les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un programme, à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur (36).

Le manuel d'utilisation du programme d'ordinateur n'est cependant pas visé par la directive et reste dès lors soumis aux règles traditionnelles du droit d'auteur sur les œuvres littéraires. L'exclusion du manuel d'utilisation du domaine d'application de la directive aura des conséquences pour la détermination du titulaire des droits d'auteur sur ce manuel (37). En effet, en cas de contrat d'emploi, l'employeur veillera à ce que les droits d'auteur sur le manuel d'utilisation créé par son employé dans l'exercice de ses fonctions, lui soient contractuellement dévolus, à défaut de quoi, en Belgique, l'employé devra être considéré comme le titulaire des droits d'auteur, conformément au droit commun (38).

c) Les éléments protégeables (art. 1.2).

La protection organisée par la directive vise « toute forme d'expression » des programmes

à l'exclusion des idées et principes qui sont à sa base (39).

Selon la Commission, le droit d'auteur, en (ne) protégeant (que) l'expression du programme, ne prive pas le créateur du bénéfice de son travail et de son investissement; et en ne protégeant pas l'idée qui est à la base de l'œuvre, il n'entrave donc pas le progrès technique et laisse aux autres auteurs la latitude voulue pour créer d'autres programmes similaires. C'est pour ces raisons que, selon la Commission, ce moyen de protection « offre une solution équilibrée entre une insuffisance et un excès de protection » (40).

En protégeant toute forme d'expression du programme, sous réserve que la condition d'originalité soit remplie (41), le système peut donc viser les différentes étapes de la réalisation d'un programme : les organigrammes, analyses fonctionnelles et organiques, diagrammes de flux, etc. (42). La protection est par ailleurs indépendante du support utilisé et s'attachera en outre tant au code-source qu'au code-objet du logiciel.

Il est conforme à l'esprit du droit d'auteur que les idées et principes à la base d'un élément du programme ne soient pas protégés. Cependant, la distinction parfois malaisée pour les œuvres traditionnelles entre ce qui relève de l'expression et ce qui relève de l'idée est encore plus difficile dans le cas des logiciels (43). Si on considère le programme comme une solution à un problème de traitement de données, il est difficile pour les juges de tracer la ligne de départ entre la solution (idée non protégée) et son expression (forme protégeable) (44). Il est en tout cas généralement acquis que la protection va au-delà de la simple forme « littérale » du programme en code, et qu'il ne suffirait pas de changer quelques détails de forme pour échapper au reproche de contrefaçon (45). Mais cela n'empêche pas qu'il subsiste des incertitudes que la jurisprudence devra trancher.

La version initiale de la proposition excluait de la protection, outre les idées et les principes, la logique du programme, les algorithmes et le langage de programmation à la base du programme. Ces exclusions ont été supprimées; on peut s'en réjouir car l'interprétation des termes employés était controversée, et l'opportunité

(39) Selon l'exposé des motifs (§ 13), c'est « pour éviter toute ambiguïté » que ce principe, qui est fondamental en droit d'auteur a été, d'une façon un peu inutile, rappelé expressément.

(40) Exposé des motifs de la version originale, p. 7, n° 3.6 et 3.7.

(41) Cf. *infra*.

(42) Ces différents documents, dans une certaine mesure, sont à rapprocher des plans ou des scénarios (protégeables s'ils sont originaux); cf. A. Bertrand, « Logiciel et droit d'auteur : le champ de la protection », *Expertises*, 1986, pp. 245 et s. (1^{re} partie), pp. 279 et s. (2^e partie), et pp. 303 et s. (3^e partie); cf. également A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., pp. 380 et s.

(43) Voy., à ce sujet, A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, Paris, 1975, *Passim*.

(44) Cf., à ce sujet, Ph. Gaudrat, « La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique », *R.I.D.A.*, 1986, n° 128, pp. 201 à 205.

(45) A. Bertrand, op. cit., p. 505.

1991

784

« Softwarebescherming in Europa 1992 », *B.I.E.*, 1990/2, pp. 35 et s.; G. Vandenberghe, « Auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's : een onbevredigend voorstel van richtlijn », *A.M.I.*, 1989/5, pp. 11 et s. On se référera également aux références données *infra* sur la question du « reverse engineering ».

Sur la directive adoptée, on citera : E. Michau, « Conséquences sur le droit français de la directive pour la protection des programmes », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, sept. 1991, F, pp. 2 et s.; N. Ros de Loebounoff et S. Marcellin-Taupenas, « Directive, l'harmonisation en découleant pourrait être paradoxale : rectification avec bon sens du passé, nouveautés douteuses pour l'avenir », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, sept. 1991, F, pp. 7 et s.; J. Worhy, « Europe introduces new copyright rules for software », *The Computer Law and Security Report*, sept. 1991, pp. 102 et s.; J.M.A. Berkvens et G.O.M. Alkemade, « Softwarebescherming : het leven na de Richtlijn », *Bijblad Industriële Eigendom*, août-sept. 1991, pp. 231 et s.

(28) Cf. art. 9.1 de la directive.

(29) *Droit de l'informatique*, 1987/3, p. 177.

(30) Cf. *supra* : la situation actuelle en droit belge.

(31) Voy. notamment, dans ce sens : M.S. Keplinger, « La paternité des œuvres à l'ère de l'information. La protection des programmes d'ordinateur en vertu de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur », *Le droit d'auteur*, 1985, p. 105; B. Hugenholz, « Computerprogramma's : een nieuwe categorie werken ? », *Auteursrecht*, 1985, pp. 32-33; F. Gotzen, « Intellectuele eigendom en nieuwe technologieën », *R.W.*, 1983-1984, col. 2382-2385.

(32) Pour l'application de la Convention de Berne aux programmes d'ordinateur, voy. notamment : W.R. Cornish, « Computer Program Copyright and the Berne Convention », *E.I.P.R.*, 1990, pp. 129 et s.; J. Arckens, « Internationale auteursrechtelijke bescherming van computersoftware », *R.W.*, 1985-

1986, col. 1343 et s.; M.S. Keplinger, « La paternité des œuvres à l'ère de l'information », op. cit.; M. Kindermann, « Computer Software and Copyright Conventions », *E.I.P.R.*, 1981, pp. 6 et s.

(33) Exposé des motifs, § 7.

(34) Par « logiciel d'exploitation », on entend un logiciel qui permet l'exploitation de l'ordinateur en le contrôlant ainsi que tous les appareils qui peuvent être reliés à cet ordinateur, tels que l'écran, l'imprimante, etc.

(35) Par « logiciel d'application », on entend un logiciel qui permet de traiter un problème spécifique, tel que le traitement de texte, la comptabilité, etc.

(36) Exposé des motifs, § 7.

(37) Cf. *infra* : la titularité des droits.

(38) Bruxelles, 22 janv. et 9 déc. 1969, *Ing.-Cons.*, 1970, pp. 255 et 268.

de l'exclusion n'était pas établie (46). On en déduira que ces éléments ne sont pas d'office exclus de la protection, mais il leur sera souvent difficile (sauf peut-être en ce qui concerne la langue de programmation) de remplir la condition de la protection, qui est l'originalité (47).

d) La protection des « interfaces ».

La question de la protection des « interfaces » a fait l'objet de nombreuses discussions, au croisement du droit d'auteur et du droit de la concurrence.

Les interfaces sont définies par la Commission comme « les parties du programme qui assurent l'interconnexion et l'interaction (l'interopérabilité) entre les éléments logiciels et des matériels » (48). C'est par l'intermédiaire de leurs interfaces qu'un programme créé par un producteur pourra communiquer avec, compléter et se greffer sur un programme créé par un autre producteur (éventuellement concurrent) ou sur un ordinateur d'origine différente; on voit l'intérêt (notamment commercial) qu'il y a, pour le créateur du programme, à pouvoir offrir un produit largement compatible avec les programmes et matériels existants. Et on voit la tentation qui peut exister pour les autres producteurs, de faire obstacle à ce concurrent en lui refusant tout accès et toutes informations sur leurs propres interfaces (49).

En ce qui concerne la protection des interfaces permettant la communication entre le programme et les autres éléments du système, deux tendances s'opposaient : soit les exclure de toute protection, pour permettre une grande ouverture des systèmes et une compatibilité maximale des éléments (c'était la thèse défendue notamment par des producteurs japonais et certains européens), soit au contraire, interdire que les informations nécessaires pour permettre l'interopérabilité (à savoir les « spécifications » des interfaces) soient utilisées par les concurrents, sauf à invoquer l'abus de position dominante et l'article 86 du Traité de Rome le cas échéant (c'était la thèse défendue par les plus gros constructeurs américains et d'autres européens) (50).

La solution retenue est intermédiaire : les interfaces ne sont ni exclues d'office de la protection, ni protégées automatiquement, mais, comme les autres éléments du programme, elles seront protégées (dans leur expression et non quant aux idées) si elles sont suffisamment originales; et une exception aux droits exclusifs du titulaire des droits sur le programme est prévue, afin d'assurer que ces idées (et les

informations nécessaires pour assurer l'interopérabilité) puissent être découvertes (51).

De façon générale, la protection qu'offre le droit d'auteur peut se voir limitée par l'effet du droit de la concurrence, plus particulièrement par l'article 86 du Traité de Rome, si le titulaire des droits d'auteur en fait un usage abusif au-delà de ce que permet « l'objet spécifique » du droit accordé (52). A ce propos, on relèvera l'importance que pourrait avoir, dans le secteur de l'informatique, le récent arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes, rendu le 10 juillet 1991, dans l'affaire Magill TV Guide (53).

Il ne faut pas confondre ces interfaces internes au programme, qui lui permettront de communiquer avec les autres éléments du système, et ce qu'on appelle « l'interface utilisateur », qui est constitué de tout ce par quoi le programme (et l'ordinateur) communique avec l'utilisateur humain : cela vise les instructions et commandes qui s'affichent à l'écran, les symboles et « icônes » utilisés, les touches du clavier, la « souris », etc. Ces éléments de l'interface utilisateur jouent, d'un point de vue commercial, un rôle capital pour la clientèle potentielle : d'une part, les utilisateurs seront davantage attirés vers des logiciels faciles et agréables à l'usage (« user friendly »); d'autre part, les concurrents seront tentés de concevoir des logiciels dont la manipulation sera identique, du point de vue des utilisateurs, à celle à laquelle ils sont déjà habitués et attachés (54).

2. — La condition de protection (article 1.3)

Le programme ne sera protégé par le droit d'auteur que s'il est « original »; c'est la règle traditionnelle en droit d'auteur.

La définition de l'originalité est impossible, et selon les cas, le juge sera plus ou moins exigeant (55).

Le problème de l'originalité, pour les logiciels, est qu'elle n'est possible que si, à tout le moins, des choix ont pu être faits par l'auteur (56); or parfois, la fonction à remplir dicte impérativement la forme à adopter, et dans ce cas cette forme ne sera pas protégée (57). Par ailleurs, on peut sans doute plus difficilement déceler dans un logiciel que dans une œuvre tradition-

nelle des marques qui révéleraient la personnalité propre d'un individu (58).

L'une des raisons invoquées par la Commission pour uniformiser les systèmes de protection du logiciel dans les Etats membres est l'actuelle disparité existant quant à la conception de la condition d'originalité (59). Il est vrai que les juges allemands (60) sont plus exigeants que les juges français (61) ou belges sur cette question et que, par exemple, l'originalité dans le système du copyright anglo-saxon consiste simplement à ne pas avoir été copié, alors qu'en droit d'auteur classique (français), on exige une certaine empreinte de la personnalité d'un auteur.

Pour remédier à ces divergences, il fallait imposer une définition uniforme, d'autant plus que la Convention de Berne ne donne pas de solution (62). Selon le texte de la directive, un programme sera original s'il est « la création intellectuelle propre à son auteur ». Il restera à voir si cette définition uniforme, adoptant une exigence assez basse d'originalité, mettra fin aux controverses.

Ainsi qu'il est précisé, « aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si le programme peut bénéficier d'une protection » : l'exigence de « nouveauté » (qu'on retrouve dans le droit des brevets) est donc exclue, de même que toute formalité, mention obligatoire ou dépôt du programme (63).

En Belgique, les quelques décisions rendues en matière de protection des logiciels ne sont pas très éclairantes à propos de la notion d'originalité requise. En ce qui concerne la notion d'originalité applicable aux œuvres en général, l'arrêt récent de la Cour de cassation belge du 25 mars 1989 donne cependant une définition

(58) L'examen de l'originalité d'un logiciel pose un problème supplémentaire : son appréciation échappe inévitablement au juge, qui n'est généralement pas suffisamment compétent du point de vue technique, alors que de son côté, l'expert désigné devrait se borner à une analyse du fait et non à une appréciation en droit de la notion d'originalité.

(59) Cf. exposé des motifs de la version initiale, p. 6, n° 2.10.

(60) La jurisprudence allemande retient des critères d'originalité relevant davantage de la notion de nouveauté du droit des brevets; voy. les arrêts *Inkasso-programm*, G.R.U.R., 1985, p. 1041.

(61) Cf. A. Bertrand, « Le concept d'originalité en droit d'auteur et son application aux logiciels : droit français et droit comparé », *Expertises*, 1986, pp. 68 et s.; Cass. fr., 7 mars 1986, avec note de J. Jonquière, *Revue du droit de la propriété industrielle*, 1986, n° 3, pp. 203 et s.

(62) A ce sujet, la proposition initiale était ambiguë, et hésitait entre une conception large et une conception plus restrictive de l'originalité.

(63) Il existe en France une association (société d'auteurs) qui permet le dépôt auprès d'elle des logiciels; il ne s'agit cependant pas d'un dépôt obligatoire conditionnant la protection, mais d'une mesure de précaution facultative (pour une preuve de l'antériorité de la création, pour un accès au code-source en cas de faillite, ...).

En ce qui concerne les mentions obligatoires, on rappellera que le droit d'auteur naît sans formalités, et que la mention du « copyright » n'est pas obligatoire dans les pays adhérant à la Convention de Berne.

(46) A. Bertrand, *op. cit.*, p. 515.

(47) L'exposé des motifs, § 14, n'exclut de la protection que les idées et les principes qui sont à la base de ces éléments (ce qui est logique).

(48) Pour la définition de l'interopérabilité, cf. *infra*.

(49) Au contraire, la Commission, notamment par sa politique en matière de télécommunications, encourage la normalisation internationale et les initiatives favorisant une plus grande interopérabilité des équipements (matériels et logiciels); cf. exposé des motifs, § 27.

(50) Sur cette controverse, cf. les références citées *infra* à propos de la décompilation (reverse engineering).

(51) Cf. *infra* l'exception de décompilation.

(52) Cf., à ce propos, « l'accord I.B.M. » relatif à la publication obligatoire par I.B.M. de certaines informations relatives à des interfaces; quatorzième rapport sur le droit de la concurrence, n° 94; et l'exposé des motifs, § 26.

(53) Affaire T-70/89 (non encore publié à notre connaissance).

(54) C'est au sujet de ces éléments que se jouent actuellement d'importants procès aux Etats-Unis (cf. le problème du « look and feel » des programmes).

(55) Cf., à ce sujet, A. Strowel, « L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable », *J.T.*, 1991, pp. 513 et s.

(56) J.-L. Huydecoper, « Originaliteit of inventiviteit ? Het technisch effect in het auteursrecht », *B.I.E.*, 1987, pp. 106 et s.

(57) Cf. la « merger doctrine » aux Etats-Unis.

de l'originalité qui est assez proche de celle de la directive (64).

3. — La titularité des droits

Bien que la question de savoir qui sera considéré comme titulaire des droits d'auteur en cas de création dans le cadre d'un contrat d'emploi se pose à propos de chaque création d'œuvres (65), elle se pose de façon aiguë en matière informatique où la création individuelle n'existe guère et est devenue largement industrielle.

a) Les principes (art. 2.1 et 2.2).

L'article 2.1 de la directive dispose que la personne physique ou le groupe de personnes physiques ayant créé le programme d'ordinateur est l'auteur du programme d'ordinateur. L'article 2.2 stipule que, lorsque le programme est créé en commun par plusieurs personnes physiques (66), les droits exclusifs sont détenus en commun par ces personnes (67).

L'article 2.1 prévoit que, lorsque la législation de l'Etat membre concerné l'autorise, la personne morale considérée comme étant le titulaire du droit (68), ou, lorsque les œuvres collectives sont reconnues par la législation d'un Etat membre (69), la personne considérée par la législation de l'Etat membre concerné comme ayant créé l'œuvre sera réputée être l'auteur. Cette tolérance, ou encore ce manque d'harmonisation, que la version initiale de la proposition de directive ne contenait pas, risque de créer des difficultés lors de l'exploitation internationale d'un programme d'ordinateur. En effet, des personnes différentes seront considérées comme titulaires des droits d'auteur sur le programme d'ordinateur, selon que la législation d'un Etat membre qui reconnaît une des hypothèses susvisées ou celle qui ne les reconnaît pas, telle que la législation belge, sera invoquée.

b) L'exception (art. 2.3).

La directive établit une importante exception au principe de la titularité inspirée par le carac-

tère industriel de l'objet et de son exploitation (70).

En effet, lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur (71), seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur ainsi créé, sauf dispositions contractuelles contraires (72). La directive n'instaure qu'une présomption de cession *ius tantum*, mais il va de soi qu'en pratique, l'existence de dispositions contractuelles contraires, à savoir en faveur de l'employé, sera exceptionnelle.

Bien que la directive ne semble pas vouloir faire des distinctions expresses, l'article 2.3 emploie les termes « employé » et « employeur » qui renvoient à la notion de « contrat d'emploi ». En Belgique, la notion de « contrat d'emploi » est définie comme « le contrat par lequel un travailleur, l'employé, s'engage contre rémunération à fournir un travail principalement d'ordre intellectuel sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un employeur » (73) et se limite aux travailleurs qui ne sont pas régis par un statut (74). *A priori*, l'article 2.3 ne s'appliquera dès lors pas aux programmes d'ordinateur créés dans le cadre du statut des fonctionnaires de l'Etat et des administrations publiques.

L'article 2.3 ne semble pas exiger que le contrat d'emploi comporte une mission créative ou une mission d'études ou de recherches et peut dès lors s'appliquer à une création « occasionnelle ». Le régime des créations mixtes ou dépendantes du contrat d'emploi, c'est-à-dire les programmes créés dans le cours de l'exécution de ses fonctions, dans le domaine des activités de l'entreprise ou par la connaissance ou l'utilisation de techniques, moyens et/ou données de l'entreprise, n'est pas expressément réglé dans la directive (75).

L'article 2.3 ne faisant mention que des droits patrimoniaux, les droits moraux resteront donc auprès de l'employé, ce qui risque de poser des problèmes importants à l'occasion de l'exploitation du programme d'ordinateur par l'employeur (76). Ainsi, l'employé pourrait,

en principe, s'opposer, en vertu de son droit de divulgation, à la commercialisation par son employeur du programme d'ordinateur qu'il a créé (77).

Contrairement à la version initiale de la proposition de directive, une exception similaire à celle prévue à l'article 2.3 en faveur du maître d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de commande n'est plus prévue (78).

4. — Les bénéficiaires de la protection (article 3)

La directive accorde la protection à toute personne physique ou morale admise à bénéficier des dispositions de la législation nationale en matière de droit d'auteur applicables aux œuvres littéraires (79). Elle renvoie ainsi au principe du traitement national prévu par la Convention de Berne et la Convention universelle de Genève. A défaut de satisfaire aux critères de rattachement prévus dans ces Conventions, en Belgique, l'article 38 de la loi sur le droit d'auteur du 22 mars 1886 relatif aux droits des étrangers s'appliquera.

Cette disposition ne semble pas nécessaire, vu que l'article premier de la directive oblige déjà les Etats membres à protéger les programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne.

5. — La portée de la protection : les droits exclusifs reconnus aux titulaires (article 4)

L'article 4 du texte, qui donne la liste des droits exclusifs (« actes soumis à autorisation ») doit être lu avec les articles 5 et 6, qui prévoient des exceptions à ces prérogatives du titulaire des droits (80).

Ni les droits moraux ni le droit de représentation publique ne figurent parmi les droits

droit de paternité est un attribut inaliénable du créateur physique et que la notion d'intégrité de l'œuvre revêt beaucoup moins d'importance pour l'auteur, vu la nature des programmes d'ordinateur, que ce n'est normalement le cas pour d'autres œuvres littéraires.

(77) Cf. *infra* : la portée de la protection : les droits exclusifs reconnus aux titulaires.

(78) De plus, la règle concernant les programmes d'ordinateur créés à l'aide d'un autre programme d'ordinateur prévue à l'article 2.3 et 2.5 de la version initiale de la proposition de directive, n'est pas reprise dans la directive. Cette règle survivra cependant en appliquant le droit commun du droit d'auteur ; à ce sujet : F. Brison, « Rapport national de la Belgique sur les créations assistées ou générées par ordinateur », *L'informatique et le droit d'auteur*, éd. Yvon Blais Inc., Québec (Canada), 1989, p. 469.

(79) L'élargissement de la protection à tous les coauteurs du programme d'ordinateur, pour autant qu'au moins un d'entre eux bénéficie de la protection, prévu dans la version initiale de la proposition de directive, ne figure plus dans la directive, mais est conforme à l'article 7bis de la Convention de Berne. Voy. : W. Nordemann, K. Vinck et P.W. Herlin, *Droit d'auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les Etats membres de la Communauté européenne - Commentaire*, Bruylant, Bruxelles, 1983, p. 83.

(80) Le texte de la directive est à ce sujet plus clair que celui de la proposition initiale de la directive.

(64) Cf. F. Gozzen, « Het hof van cassatie en het begrip "oorspronkelijkheid" in het Belgische auteursrecht - Van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken », *Computerr.*, 1990/4, pp. 161 et s.; et A. Strowel, *op. cit.*

(65) Quelques auteurs défendent la thèse d'une cession des droits d'auteur en faveur de l'employeur, notamment : L. Van Bunnin, « Examen de jurisprudence (1982 à 1988) - Droit d'auteur - Dessins et Modèles », *R.C.J.B.*, 1990, pp. 616-617; M. Jamoulle, *Le contrat de travail* (t. II), Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, Liège, 1986, p. 57 et J.G. Renaud, « De l'exercice et la jouissance des droits intellectuels appartenant à des employés ou fonctionnaires », *Ann. dr. soc. pol.*, 1950, p. 256.

(66) Sans que la directive donne les critères applicables à l'œuvre créée en collaboration.

(67) En Belgique, ces droits s'exerceront conformément à l'article 6 de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur.

(68) Cf. l'article 8 de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur.

(69) Cf. l'article 13 de la loi française sur la propriété littéraire et artistique du 11 mars 1957.

(70) Cf. le système anglo-saxon du copyright : M.F. Flint, *A user's guide to copyright*, *op. cit.*, p. 79 et G. Dworkin, « United Kingdom », *International Copyright and Neighbouring Rights*, *op. cit.*, p. 495.

(71) Cette dernière hypothèse n'était pas visée par la version initiale de la proposition de directive.

(72) Pour la situation actuelle, voy. : P. Ceuninck, « Auteursrechten op software, ontwikkeld in dienstverband of in opdracht », *Computerr.*, 1988/3, p. 127; B. Hubo, « La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié - Situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas », *Computerr.*, 1986/3, p. 151; Civ. Turnhout, 12 nov. 1984, *R.W.*, 1988-1989, p. 411 avec note J. Keustermans (le tribunal civil de Turnhout a appliqué les termes du contrat d'emploi).

(73) Art. 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (*M.B.*, 22 août 1978, err. 30 août 1978).

(74) Art. 1^{er} de la susdite loi.

(75) Pour une application large de cette exception, voy. notamment : A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, pp. 494-498.

(76) L'exposé des motifs de la version initiale (pp. 20-21, n° 2.4) se bornait à énoncer que seul le

exclusifs sur le programme d'ordinateur énumérés à l'article 4. Il ne faut toutefois pas considérer l'article 4 comme exhaustif, mais, à défaut de stipulation contraire, appliquer le droit commun du droit d'auteur et tout au moins le minimum conventionnel, garanti par la Convention de Berne.

Premièrement, le droit de représentation publique (81) peut, dans certains cas, se révéler comme une prérogative importante, notamment dans l'enseignement, lors de l'utilisation d'un programme dans une banque de données ou un jeu vidéo accessible au public, ...

Deuxièmement, en Belgique, l'on reconnaît traditionnellement l'existence de trois droits moraux (82), à savoir le droit de divulgation (83), le droit de paternité (84), le droit au respect de l'œuvre (85). Les droits moraux, même si leur aliénabilité était admise (86), peuvent être un important obstacle à l'exploitation d'un programme d'ordinateur, mais la directive ne résout pas ce problème, laissé délibérément sous silence (87). Ainsi, le droit d'adapter et de corriger le programme d'ordinateur pour les nécessités de son utilisation (88) peut entrer en conflit avec le droit au respect de l'œuvre (89).

Les différents droits exclusifs sont les suivants :

a) Le droit de reproduction (art. 4.a).

Il faut l'autorisation du titulaire des droits (l'auteur lui-même ou son entreprise) (90), pour toute reproduction du programme, quels que soient le moyen, la forme, l'ampleur ou la durée de cette reproduction : en effet, la directive soumet à l'autorisation du titulaire, « la reproduction permanente ou provisoire d'un

programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit ».

Un logiciel, pour être utilisé, devra nécessairement être « reproduit » dans l'ordinateur, de sorte qu'en donnant au titulaire le droit exclusif d'autoriser la reproduction, on risque de lui donner en conséquence le contrôle de toute utilisation du programme (ce qui n'est pas nécessairement le but du droit d'auteur, et qui pourrait mener à des abus, voire à des situations absurdes). L'article 4 ajoute que « lorsque le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes de reproduction seront soumis à l'autorisation du titulaire du droit ».

Ce contrôle de l'utilisation obtenu via le droit exclusif d'autoriser la reproduction est l'une des conséquences (souhaitée par les uns, critiquée par les autres) d'une application rigide du droit d'auteur au logiciel. C'est cette particularité qui explique l'exception prévue pour l'utilisation du programme (91).

b) Les droits de traduction et d'adaptation (art. 4.b).

Tandis que la version initiale ne visait que le droit d'adaptation, la directive accorde les droits de traduction, d'adaptation, d'arrangement et toute autre transformation du programme d'ordinateur. Par « traduction », on peut entendre la conversion d'un programme d'ordinateur d'un langage informatique dans un autre, mais aussi la « francisation » d'un programme d'ordinateur, c'est-à-dire la traduction des messages et du menu qui apparaissent à l'écran. Toutefois, la « francisation » ne sera que très exceptionnellement soumise au droit exclusif de traduction à défaut d'originalité des messages et du menu (92).

De plus, la directive accorde le droit exclusif de la reproduction du programme résultant de la transformation, toutefois sans préjudice des droits de la personne qui transforme le programme d'ordinateur. Cette règle consacre le double statut de l'œuvre dérivée : d'une part, elle est bénéficiaire du droit d'auteur (en ce qui concerne son apport original) et, d'autre part, elle est tributaire du droit d'auteur (en ce qui concerne l'emprunt de la forme de l'œuvre antérieure) (93).

c) Le droit de distribution (art. 4.c).

La directive accorde le droit exclusif de faire et d'autoriser toute forme de distribution au public de l'original ou de copies d'un pro-

gramme d'ordinateur, y compris la location (94). Par « location », il faut entendre la mise à disposition d'un programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci en vue de son utilisation pendant une période limitée et à des fins lucratives, et exclure le prêt au public (95) du champ d'application de la directive (96).

La directive reconnaît ainsi l'importance de la location comme nouveau moyen d'exploitation des œuvres, suite à l'apparition d'un marché spécifique de la location de supports, distinct de celui de la vente, et qui constitue une importante source de revenus pour les auteurs (97).

Le droit de distribution, sauf le droit de contrôler les locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci, est toutefois épuisé par la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans le Marché commun par le titulaire du droit ou avec son consentement (98). Contrairement à la version initiale, l'épuisement a été à juste titre limité au Marché commun (99).

6. — Les exceptions aux droits exclusifs

Les droits exclusifs reconnus au titulaire sont soumis à certaines exceptions, qui visent la reproduction, l'adaptation et la traduction du programme (mais non le droit de distribution).

Mises à part les exceptions énumérées à l'article 5, la directive n'affecte pas les dérogations prévues par les législations nationales en application de la Convention de Berne (100). Ainsi, en Belgique, l'article 5 de la directive pourra être complété par les exceptions de la loi sur le droit d'auteur du 22 mars 1886, notamment la citation d'une œuvre littéraire dans un but de critique, de polémique ou d'enseignement (art. 13) et la reproduction de courts fragments à l'occasion de comptes rendus des événements d'actualité (art. 21bis). Quant à l'existence de l'exception de la copie privée en droit belge, on

(94) Alors que la version initiale de la proposition de directive énumérait les formes de distribution soumises au droit exclusif.

(95) L'article 1^{er} de la proposition de directive du Conseil du 5 décembre 1990 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins (COM [90] 586 final - SYN 319) distingue la location du prêt en ce que la première vise la mise à disposition dans un but lucratif et le deuxième vise la mise à disposition dans un but non directement lucratif.

(96) Exposé des motifs, § 16.

(97) Le droit de location fut reconnu pour la première fois dans l'affaire Warner Brothers c. Christiansen en matière de vidéocassettes (C.J.C.E., 17 mai 1988, R.I.D.A., 1988, n° 137, p. 84 avec note de J. Delmoly). Aujourd'hui, le droit de location est élargi à toutes les œuvres (cf. la proposition de directive du Conseil du 5 décembre 1990 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins, op. cit.).

(98) La directive ne reprend pas l'exception au droit de location en faveur des bibliothèques publiques sans but lucratif, initialement prévue à l'article 5.2.

(99) Cf. F. Gotzen, « Distribution and Exhaustion in the EC Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs », E.T.P.R., 1990, p. 299.

(100) Exposé des motifs, § 28.

(81) Cf. les articles 15 et 16 de la loi sur le droit d'auteur, conformes à l'article 11 de la Convention de Berne.

(82) En Belgique, le droit de retrait et de repentir est controversé. Selon certains auteurs, la Cour de cassation aurait implicitement admis son existence (voy. : Cass., 12 sept. 1975, J.T., 1976, p. 723 avec note de F. Gotzen).

(83) Art. 9 de la loi sur le droit d'auteur.

(84) Art. 6bis de la Convention de Berne.

(85) Art. 8 de la loi sur le droit d'auteur, conforme à l'article 6bis de la Convention de Berne.

(86) Il y a une controverse à ce sujet; voir notamment en faveur de la validité d'une renonciation contractuelle au droit moral : A. Berenboom, *Le droit d'auteur*, Larici, Bruxelles, 1984, n° 113 et L. Van Bunnin, « Examen de jurisprudence (1973 à 1977) - Droit d'auteur - Dessins et Modèles », R.C.J.B., 1978, p. 552; mais dans le sens de l'inaliénabilité du droit moral : F. Van Isacker, *De morele rechten van de auteur*, Larici, Bruxelles, 1961, n° 25; F. Gotzen, « Gebreken en tekortkomingen van de Belgische auteurswet op het gebied van contractenrecht », *Honderd jaar auteurswet* (éd. J. Corber), Kluwer, Antwerpen, 1986, p. 35, n° 15.

(87) Cf. *supra* : la titularité des droits (l'exception).

(88) Cf. *infra* : les exceptions aux droits exclusifs.

(89) Les modifications apportées au programme initial par l'utilisateur peuvent nuire à son « error-free proved status » et peuvent introduire des erreurs de programmation, tels que des incohérences entre la partie modifiée et les parties originales du programme (M. Kindermann, « Computer Software and Copyright Conventions », op. cit., p. 6).

(90) Cf. *supra*.

(91) Cf. *supra*. Le problème ne s'était jamais posé auparavant, dans la mesure où les œuvres traditionnelles protégées par le droit d'auteur n'ont point besoin d'être « reproduites » pour être utilisées : ainsi, on ne doit pas reproduire le livre pour le lire, ni le tableau pour le regarder ni le disque pour l'écouter.

(92) Cf. A. Berrand, « Problèmes de droit d'auteur découlant de la "traduction" et de la "francisation" des logiciels », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, 1990, p. 6.

(93) Voy., à ce sujet : A. Berenboom, *Le droit d'auteur*, op. cit., pp. 84-90.

sait que la jurisprudence et la doctrine belge ne sont pas unanimes (101).

a) *L'exception en faveur de l'utilisation du programme et de la correction des erreurs* (art. 5.1).

Ainsi qu'on l'a dit, le logiciel présente cette particularité de devoir être reproduit pour être utilisé; c'est en tout cas la conclusion à laquelle on aboutit quand on considère (comme la directive le fait) que la simple reproduction temporaire du programme dans la mémoire de l'ordinateur durant son utilisation constitue un acte de reproduction au sens du droit d'auteur.

En outre, en tant que produit évolutif appelé à fonctionner avec d'autres produits (autres logiciels, systèmes d'exploitation, ordinateurs), il doit souvent être corrigé et adapté à de nouvelles données techniques et aux besoins de l'utilisateur pour continuer à pouvoir être utilisé.

En poussant loin le raisonnement, on en arriverait à donner de tels droits à l'auteur qu'on aboutirait à la situation absurde où la personne qui acquiert un logiciel (dans le but évident de l'utiliser) ne pourrait le faire qu'avec l'autorisation expresse du titulaire des droits d'auteur. C'est pour éviter cela que l'article 5.1 de la directive prévoit que les actes de reproduction, de traduction ou d'adaptation qui sont nécessaires pour l'utilisation du programme ou pour la correction des erreurs, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire.

Cette exception est cependant soumise à plusieurs conditions parfois ambiguës : elle ne bénéficie qu'à « l'acquéreur légitime » (102); elle peut être écartée par « des dispositions

contractuelles spécifiques » (103); enfin, l'utilisation ne justifiera une exception que si elle est « conforme à la destination » du programme.

Dans le cadre des discussions ayant entouré l'adoption de la directive, certains demandaient que toutes les opérations nécessaires à l'utilisation soient autorisées, quel que soit le mode de commercialisation du programme et nonobstant toute clause contraire, et qu'en plus de la correction des erreurs, les nécessités de la maintenance du programme puissent également justifier ces exceptions (104). On voit que la Commission n'a pas souhaité intégrer ces souhaits dans sa proposition.

b) *La copie de sauvegarde* (art. 5.2).

La directive comble une lacune importante de la version initiale, bien que le *Livre vert* prévoyait déjà cette exception (105), à savoir l'autorisation de faire une copie de sauvegarde. Cette exception, quel que soit le mode de commercialisation, ne peut être interdite par contrat (106), mais elle est soumise à trois limites : seule la personne ayant le droit d'utiliser le programme (107) est autorisée à le faire, le nombre de copies de sauvegarde est limité à une seule et la copie ne peut être faite que dans la mesure où elle est nécessaire pour l'utilisation du programme (108).

La « copie de sauvegarde » est une protection offerte à l'utilisateur du programme d'ordinateur en cas de problèmes techniques avec sa copie originale (109). Cette exception ne suffit

cependant pas en ce qu'elle n'offre qu'une faculté, et non un droit à l'utilisateur. En effet, s'il y a une impossibilité technique de dupliquer le programme d'ordinateur, l'utilisateur ne pourra pas exiger de son fournisseur une copie gratuite du programme (110).

c) *L'observation et l'étude du programme* (art. 5.3).

Comme la directive le rappelle expressément, les idées et principes à la base des éléments du programme ne sont pas protégés, conformément à la théorie du droit d'auteur.

Dans le cas des œuvres traditionnelles (livres, peintures, ...), la protection de la forme ne gêne pas l'accès aux idées : au contraire, la forme révèle et dévoile souvent l'idée sous-jacente (le thème du livre, le sujet de la peinture). A nouveau cependant, le cas du logiciel est différent : pour accéder aux « idées » à la base du programme (et notamment comprendre son fonctionnement), il faut nécessairement le « travailler », et donc le reproduire, l'adapter, et procéder à différentes opérations sur sa forme, de sorte que protéger cette forme en interdisant toute reproduction ou adaptation revient à protéger l'idée sous-jacente.

C'est là une autre conséquence de l'application du droit d'auteur au logiciel, alors que l'idée fondamentale du droit d'auteur est de protéger la forme et/ou pour favoriser la circulation des idées et l'accès à l'information; ici, la forme vient cacher l'idée, et la rend inaccessible sauf autorisation.

C'est pourquoi une nouvelle exception a été prévue, qui permet « d'observer, étudier ou tester le fonctionnement (du) programme » afin de déterminer les principes qui sont à la base de ses éléments. Ici aussi, l'exception est soumise à des conditions strictes : les opérations ne peuvent se faire que par l'utilisateur légitime (et non tout tiers) et uniquement lors des opérations (de chargement, d'affichage, de passage, de transmission ou de stockage du programme) qui ont été autorisées.

Si ces conditions (fort restrictives) sont respectées, l'étude du programme ne peut être interdite par contrat, en vertu de l'article 9.1 de la directive. Dans la mesure cependant où l'observation ne pourra se faire que lors des opérations autorisées, ce qu'on a parfois appelé le « droit de contemplation » risque souvent d'être très inoffensif.

d) *La décompilation* (art. 6).

La question de la décompilation a été, durant tout le processus d'adoption de la directive, une des questions les plus controversées (111).

(110) Ph. Gaudrat, « La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique », *R.I.D.A.*, 1986, n° 128, p. 223.

(111) Sur cette question, cf. notamment, J. Huet, « Le reverse engineering, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence », *Dalloz-Sirey*, 1990, chron., XVII; Ph. Gaudrat, « Quelques observations sur le "reverse engineering" en matière de logiciels », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, mai 1990, C, pp. 1 et s.; M. Vivant, « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *Informatique juridique et droit de l'informatique*, n° 8, 1991, pp. 3 et s.; R. Hart, « Interfaces, Interoperability and Maintenance »,

(103) Ici aussi, qu'entend-on par ces « dispositions contractuelles spécifiques » ? Cela vise-t-il uniquement le contrat de licence, à l'exclusion de la vente, ainsi que l'exposé des motifs (§ 17) pourrait le laisser entendre ?

L'exposé des motifs est, semble-t-il, en contradiction avec l'article 5.1 : au paragraphe 17, on lit que « les opérations de chargement et de déroulement nécessaires à l'utilisation d'une copie d'un programme légalement acquis, ainsi que la correction de ses erreurs, ne peuvent pas être interdites par contrat », alors que l'article 5.1 autorise des dispositions contractuelles spécifiques écartant l'exception prévue par l'article en faveur de l'utilisateur.

L'exposé des motifs distingue ensuite ces opérations (chargement, déroulement et correction des erreurs) de « toutes autres opérations nécessaires à l'utilisation » qui, elles, pourraient être interdites par de telles dispositions contractuelles, sauf dans l'hypothèse de la « vente », alors que l'article 5.1 ne fait pas cette distinction entre deux catégories d'actes.

(104) Cf. notamment le projet de recommandation de la Commission juridique du Parlement européen du 4 février 1991, p. 8. La maintenance d'un logiciel recouvre bien davantage que la simple correction des erreurs : cela visera l'installation des nouvelles versions, l'adaptation à des nouveaux éléments de matériel, l'intégration au système, etc.; cf. J.M.A. Berkvens, « Richtlijn softwarebescherming - Amendementen », *Computerr.*, 1990/5, pp. 261 et s., et R.J. Hart, « Interfaces, Interoperability and Maintenance », *E.I.P.R.*, 1991/4, pp. 111 et s.

(105) *Livre vert*, op. cit., p. 201, n° 5.8.2.

(106) Cette interdiction résulte non seulement de l'article 5.2, mais aussi de l'article 9.1 in fine.

(107) Cf. les termes employés à l'article 5.1 de la directive.

(108) Ce qui la distingue de la copie privée d'un programme d'ordinateur.

(109) A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, op. cit., p. 529.

(101) Pour la copie privée, notamment : A. Berenboom, « Les nouveaux moyens de reproduction (rapport belge) », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Economica, Paris, 1986, p. 258; mais contra : voy. notamment, M. Demeur, « La copie privée », *Les journées du droit d'auteur*, p. 117 et J. Corbet, « De rechtmatige belangen van de auteur t.o.v. duplicerings technieken », *Technologie en recht* (éd. P. De Vroede), Kluwer, Anvers, 1987, pp. 239 et s.

(102) La directive parle parfois de « l'acquéreur légitime », parfois de « la personne ayant le droit d'utiliser le programme ». Des versions antérieures du projet distinguaient très nettement la « vente » d'un logiciel de la « licence d'utilisation », en prévoyant des exceptions aux droits du titulaire qui variaient selon la qualification juridique du droit de l'utilisateur sur le logiciel.

Il n'est pas certain que la Commission ait tout à fait abandonné cette distinction, même si elle n'est plus exprimée dans le texte, mais qu'entend-on par « acquéreur légitime » et par « utilisateur légitime » ? La distinction correspond-elle encore à la distinction entre la vente et la licence ?

La nécessité de faire une distinction entre les deux ne ressort pas du tout clairement du texte de la directive; cette ambiguïté risque de causer des difficultés d'interprétation, d'autant plus que par ailleurs, la directive entretient une confusion (qu'on rencontre souvent) entre, d'une part, le logiciel créé (qui est l'œuvre originale, sur laquelle naissent les droits de propriété intellectuelle), et, d'autre part, les exemplaires (copies du logiciel) mis en circulation sur des supports matériels sur lesquels peuvent en outre exister des droits de propriété au sens de l'article 544 du Code civil, distincts des droits de propriété « intellectuelle ».

La directive définit l'interopérabilité comme étant « la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées » (112).

Brièvement résumé, le problème est le suivant : la décompilation (encore appelée ingénierie inverse ou « reverse engineering ») consiste à analyser le programme dans sa forme objet (code-objet, lisible par la machine, mais non par l'être humain) et, par une série d'opérations successives, à remonter à des étapes antérieures de l'élaboration du programme. L'objectif peut être de deux sortes : créer un programme *substituable* et concurrent au programme étudié, après en avoir compris les fonctionnalités et la structure, ou créer un second programme *compatible* avec le premier, après avoir pris connaissance des informations relatives à ses interfaces.

Pour ce faire, on doit nécessairement procéder à des reproductions, des transformations et des adaptations du programme, de sorte qu'il faut, en principe, l'autorisation du titulaire. Le risque est alors évident : en invoquant ses droits exclusifs sur son programme, le titulaire pourrait faire obstacle de manière importante à la concurrence. Il fallait dès lors trouver un compromis entre deux exigences : celle d'une protection du programme, et celle d'une concurrence possible (113).

La solution retenue consiste à n'autoriser la décompilation que dans l'objectif de créer un programme interopérable et non pour créer un programme concurrent (114).

L'article 6 de la directive autorise la décompilation dans des limites précises, quant à l'objectif (à savoir, uniquement pour obtenir des informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme créé de manière indépendante avec d'autres programmes), quant aux bénéficiaires de l'exception (à savoir, le licencié ou la

personne jouissant du droit d'utiliser le programme), quant à l'étendue (à savoir que les opérations de décompilation doivent se limiter aux parties du programme nécessaires à l'interopérabilité). En outre, les informations doivent ne pas avoir été « facilement et rapidement » accessibles auprès du titulaire des droits (115). Enfin, les informations obtenues ne peuvent être utilisées à des fins autres que l'interopérabilité, ni communiquées à des tiers ou utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un second programme « dont l'expression (serait) fondamentalement similaire (au premier) ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur » (116).

Le titulaire des droits (producteur des logiciels) a donc un choix à faire : soit il rend accessibles (facilement et rapidement) les informations nécessaires à l'interopérabilité avec ses programmes (et il peut alors en interdire toute décompilation), soit il en tolère la décompilation, dans les limites indiquées (et il ne peut alors l'interdire par des clauses contractuelles) (117).

L'exposé des motifs prend la peine de rappeler que le droit de la concurrence reste applicable si un fournisseur occupant une position dominante refusait de mettre à disposition l'information nécessaire pour l'interopérabilité.

Pour être complet, on signalera que l'article 6.3 rappelle l'exigence d'une interprétation de cet article qui soit conforme à la Convention de Berne (118).

On ajoutera que la directive est le premier texte traitant expressément de la question de la décompilation des programmes, et qu'aux Etats-Unis comme au Japon, on a préféré jusqu'à présent laisser cette question à la jurisprudence (119).

7. — Les mesures spéciales de protection (article 7)

Outre l'application des sanctions de droit commun sur les infractions aux actes soumis à autorisation, la directive oblige les Etats membres à prendre des mesures appropriées à l'encontre des personnes qui mettent en circulation ou détiennent « à des fins commerciales », sans qu'elle définisse ces notions, une copie d'un programme d'ordinateur en sachant qu'elle est illicite ou en ayant des raisons de le croire (art. 7.1.a et 7.1.b).

De plus, la directive oblige les Etats membres à prendre des mesures appropriées à l'encontre des personnes qui mettent en circulation ou détiennent à des fins commerciales tout moyen

ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de tout dispositif technique éventuellement mis en place pour protéger un programme d'ordinateur, sans que la mauvaise foi soit exigée (art. 7.1.c). Malheureusement, la seule fabrication de ces moyens n'est pas visée par cet article. De plus, les termes « ayant pour seul but », employés par la directive risquent d'être interprétés trop restrictivement : l'article 7.1.c s'appliquera-t-il à la mise en circulation ou à la détention à des fins commerciales d'un moyen n'ayant pas cet objectif pour seul but ?

Puisque les Etats membres sont obligés de prendre des mesures à l'encontre des personnes, la directive semble viser l'insertion de dispositions pénales (120).

Toute copie illicite d'un programme d'ordinateur est susceptible de saisie conformément à la législation de l'Etat membre concerné (art. 7.2). La directive laisse la liberté aux Etats membres de prévoir la saisie des moyens visés à l'article 7.1.c (art. 7.3) (121).

8. — La durée de la protection (article 8)

L'article 8.1 de la directive veut rester en conformité avec les dispositions de la Convention de Berne (122) et assure la protection pendant la durée de vie de l'auteur et pendant cinquante ans à compter du 1^{er} janvier de l'année suivant celle de son décès (123).

En cas d'œuvre de collaboration, la protection s'éteint cinquante ans à compter du 1^{er} janvier de l'année suivant celle du décès du dernier auteur survivant. En cas d'œuvre anonyme ou publiée sous un pseudonyme, la durée de protection est de cinquante ans à compter du 1^{er} janvier de l'année suivant celle dans laquelle le programme d'ordinateur est licitement rendu accessible au public pour la première fois. La même règle s'applique dans le cas où une personne morale est considérée être l'auteur par la législation nationale conformément à l'article 2.1 de la directive. Toutefois, si une personne morale est habilitée à exercer les droits d'auteur en sa qualité d'employeur, donc en vertu de l'article 2.3 de la directive, la durée se calcule selon la règle ordinaire de cinquante ans *p.m.a.*, étant entendu que le créateur physique du programme d'ordinateur doit être considéré comme l'auteur *ab initio*.

(120) Cf. en Belgique, les articles 22 à 27 de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur.

(121) En Belgique, l'article 23, alinéa 2, de la loi sur le droit d'auteur du 22 mars 1886, qui dispose que « la confiscation des ouvrages ou objets contrefaits, de même que celle des planches, moules ou matrices et autres ustensiles ayant directement servi à commettre ces délits, sera prononcée contre les condamnés » pourra s'appliquer.

(122) Exposé des motifs, § 24.

(123) Selon le *Livre vert* (op. cit., p. 201, n° 5.8.2) la durée de protection aurait dû débiter à la création du programme d'ordinateur et s'étendre sur un nombre d'années approprié, tel que 50, 25 ou 20 ans. Selon l'article 7 de la version initiale de la proposition de directive, la protection aurait dû être accordée pour une période de cinquante ans à compter de la création.

E.I.P.R., 1991, pp. 111 et s.; G. Burkill, « Reverse compilation of computer programs and its permissibility under the Berne Convention », *Computer Law and Practice*, 1990, pp. 114 et s.; M. Colombe et C. Meyer, « Seeking Interoperability : an Industry Response », *E.I.P.R.*, 1990, pp. 79 et s., et « Interoperability Still Threatened by EC Software Directive : a Status Report », *E.I.P.R.*, 1990, pp. 325 et s.; M. van Velzen, « Reverse engineering van software : een auteursrechtelijke probleem ? », *Computerr.*, 1990/2, pp. 58 et s.; E. J. Dommering, « Reverse engineering : een softwarepuzzel », *Computerr.*, 1990/3, pp. 105 et s.; et le dossier spécial sur le « reverse engineering » de la revue *Computerr.*, 1991/2 (art. de A. P. Meijboom, A. A. Van Eck, J. Huydecoper, P. Klusener et J. Walter).

(112) Exposé des motifs, § 12.

(113) Le conflit entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit européen de la concurrence (spécialement l'article 86 du Traité) est bien connu; on ne pourra s'y attarder ici.

(114) Selon l'exposé des motifs (§§ 10 et 22), l'interopérabilité du logiciel peut concerner sa connexion avec d'autres logiciels et avec d'autres matériels (hardware). L'article 6 est cependant plus restrictif à ce sujet, et ne parle que de l'interopérabilité entre des programmes.

Contrairement à ce que certains souhaitaient, les nécessités de la maintenance ne permettraient pas la décompilation du programme. Quant à la recherche des idées et des principes du programme, elle ne justifierait pas non plus la décompilation : dans ce cas, en effet, seules les opérations prévues à l'article 5.3 sont autorisées.

(115) Le but de la Commission est ici d'encourager les titulaires de droits à rendre publiques les informations nécessaires à l'interopérabilité.

(116) Chacun des termes de l'article 6 a fait l'objet de discussions, de sorte que le lecteur se référera utilement au texte exact de l'article, dont on n'a pas ici repris le contenu intégral.

(117) L'article 9.1 prévoit la nullité des clauses contractuelles contraires à l'article 6.

(118) Cf. particulièrement l'article 9.2 de la Convention.

(119) A ce sujet, les avis divergent quant à la question de savoir si dans ces deux pays la décompilation est ou non autorisée, et si oui, dans quelle mesure.

Dans l'attente d'une harmonisation de la durée de protection des œuvres (124), les Etats membres qui appliquent déjà une durée de protection plus longue que celle prévue à l'article 8, § 1^{er} (125), sont, en vertu de l'article 8, § 2, autorisés à maintenir leur durée de protection actuellement en vigueur.

Bien que pour certains programmes de base, la durée de vie peut excéder le délai de protection, la durée de protection de cinquante ans *p.m.a.* semble *a priori* être excessive dans un secteur où les programmes d'ordinateur sont rapidement obsolètes. L'intérêt de cette disposition est toutefois d'être conforme avec la Convention de Berne (126).

9. — Maintien d'autres dispositions légales (article 9)

En vertu de l'article 9 de la directive, les autres moyens juridiques de protection, et notamment le droit des brevets, des secrets commerciaux, des marques, de la concurrence déloyale, des contrats, ainsi que la protection juridique des produits semi-conducteurs (127) restent en vigueur dans la mesure où ils peuvent assurer une protection pour les logiciels, et pour autant que leur application n'aille pas à l'encontre du contenu de la directive. On sait par exemple que le droit des brevets, longtemps écarté pour les logiciels, reprend actuellement, et spécialement aux Etats-Unis, de l'importance en tant que moyen de protection. On signalera, en outre, l'utilité que peut avoir une protection par la législation sur les dessins et modèles (128).

Le droit des contrats reste naturellement un moyen important de protection, dans les limites que la directive prévoit : ainsi, par exemple, elle déclare que seraient nulles des clauses ayant pour effet d'annihiler certaines des exceptions qu'elle prévoit en faveur des utilisateurs (art. 9.1).

On a dit l'importance en Belgique du droit de la concurrence déloyale; l'adoption d'un régime de protection expresse rendra peut-être moins nécessaire le recours à ce biais-là pour

obtenir une certaine protection, mais il reste qu'on pourra encore l'invoquer à l'avenir (129).

TRANSCRIPTION DE LA DIRECTIVE DANS LE DROIT BELGE

La transposition de la directive dans le droit belge (130) nécessitera une profonde modification de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, voire de la proposition de loi Lallemand, qui est très lacunaire à cet égard (131) et qui, en outre, présente certaines incohérences, notamment l'application des règles du contrat d'édition aux programmes d'ordinateur (132).

Les programmes d'ordinateur seront protégés par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne en incluant les dispositions relatives aux programmes d'ordinateur dans la section 2 de la loi sur le droit d'auteur du 22 mars 1886 ou dans la section 3 de la proposition de loi Lallemand tout en supprimant la section 4 de cette proposition qui en fait une catégorie distincte. La proposition de loi Lallemand devrait être corrigée en ce qu'elle vise dans sa version française les « logiciels », qui comprennent non seulement les « programmes d'ordinateur », mais aussi les « manuels d'utilisation ». Le texte néerlandais de la proposition emploie toutefois le terme exact de « computerprogramma-tuur ».

La présomption de cession des droits patrimoniaux en faveur de l'employeur n'est pas prévue pour les autres œuvres et devra dès lors expressément figurer dans la loi. Dans un souci de promouvoir la sécurité juridique, des règles concernant les droits moraux, surtout en cas de cession en faveur de l'employeur, devraient être établies, qui pourraient partiellement être inspirées par l'article 46 de la loi française du 3 juillet 1985 (133). Une telle restriction des

droits moraux est conforme à l'article 6bis de la Convention de Berne (134).

Les droits exclusifs accordés par la directive ne diffèrent pas du droit commun du droit d'auteur en ce que le droit de reproduction, le droit de traduction et le droit d'adaptation, arrangement et transformation, le droit de distribution (135) sont tous consacrés par le droit belge (136). Par contre, toutes les exceptions aux droits exclusifs sont nouvelles dans le domaine du droit d'auteur et devront être reprises *in extenso* dans la loi. En outre, un choix s'impose quant à l'application des exceptions du droit commun aux programmes d'ordinateur.

L'infraction de la mise en circulation d'une copie illicite, prévue par la directive, est plus large que celle prévue par la loi (137) et devra dès lors être reprise telle quelle dans la loi. Une telle reprise s'impose également pour le délit de détention à des fins commerciales d'une copie illicite, ainsi que pour celui de la mise en circulation et la détention à des fins commerciales d'un moyen technique neutralisant ou supprimant la protection technique du programme, qui ne sont pas prévus dans la loi. Le législateur belge pourrait envisager des sanctions spécifiques pour les personnes morales, étant donné que le piratage informatique est souvent le travail d'une entreprise et pas d'un ou quelques individus. Par ailleurs, en matière de piratage informatique, le législateur pourrait envisager une procédure permettant de faire cesser rapidement la vente de copies illicites du programme d'ordinateur (138).

REMARQUES FINALES

La directive du 14 mai 1991 a choisi, conformément à la tendance générale, de protéger les logiciels par le droit d'auteur. Cette option est peut-être critiquable mais correspond, ainsi qu'on l'a dit, à un consensus de plus en plus partagé (139).

On regrettera que le texte ne soit pas toujours tout à fait clair, notamment quant au droit d'utilisation et à l'incidence de la nature du contrat (vente ou licence), et qu'il y ait certaines incohérences dans le texte, provenant sans

(124) Une proposition de directive devrait voir le jour avant le 31 décembre 1991 (*Suites à donner au Livre vert*. Communication de la Commission du 5 décembre 1990, COM (90) 584 final, p. 29, n° 8.2.6).

(125) La République fédérale d'Allemagne prévoit par exemple une durée de septante ans, *p.m.a.*

(126) Un autre avantage est que la durée de protection du programme d'ordinateur coïncidera avec la durée de protection du manuel d'utilisation, ce dernier étant soumis au droit commun du droit d'auteur (cf. *supra* : l'objet de la protection [la notion de « programme d'ordinateur »]).

(127) Sur la loi belge relative à la protection des produits semi-conducteurs, cf. notamment, F. Brison et M. Taeymans, « Chipsbescherming in België », *Computerr.*, 1990/4, pp. 176 et s.

(128) Cf., à ce sujet, A. Bertrand, *op. cit.*, p. 479. Cette protection peut s'avérer utile pour l'aspect « télévisuel » du logiciel (les images-écran, les icônes, etc.).

(129) On sait également l'importance, en Belgique, de la théorie de la concurrence et des agissements parasitaires, que les juges, plus qu'ailleurs, acceptent de sanctionner.

(130) A l'initiative des Associations belges pour la protection du droit d'auteur, pour la protection de la propriété industrielle, pour l'étude du droit de la concurrence et du droit de l'informatique, une « Commission mixte logiciel » a été constituée dont les recommandations relatives à la transposition dans le droit belge de la directive vont paraître bientôt. Les auteurs de cet article ont participé aux travaux de la Commission mixte logiciel. Les opinions émises dans cet article sont toutefois les leurs et ne reflètent pas nécessairement l'avis de cette Commission.

(131) Voy. les articles 29 à 31 de la proposition de loi Lallemand dans sa version initiale.

(132) Le contrat d'édition est régi par les articles 15 et suivants de la proposition de loi Lallemand (concernant notamment le nombre d'exemplaires et la rémunération proportionnelle aux recettes).

(133) « Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés, ni exercer son droit de repentir ou de retrait ».

(134) Ainsi qu'à l'exposé des motifs de la directive dans sa version initiale, pp. 20-21, n° 2.4. Cf. *supra* : la titularité des droits (l'exception).

(135) Sauf l'exception sur la règle communautaire de l'épuisement des droits en faveur de la location.

(136) Art. 1^{er} et 12 de la loi sur le droit d'auteur ou les art. 2 et 26 de la proposition de loi Lallemand et Cass., 19 janv. 1956, *Ing.-Cons.*, 1956, p. 84.

(137) Art. 22, 2^e, de la loi sur le droit d'auteur ou l'article 89 de la proposition de loi Lallemand, exigeant que l'infraction soit commise en « connaissance » ou « à des fins commerciales ».

(138) Dans ce sens : A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 542.

(139) A ce sujet, la directive pourrait avoir une influence s'étendant, au-delà des frontières de la Communauté, à des pays de l'A.E.L.E. (Association européenne de libre échange), ainsi qu'à plusieurs pays d'Europe de l'Est, qui pour des raisons diverses, souhaitent s'en inspirer étroitement.

doute de la rédaction successive de nombreuses versions. Pour le reste, il est normal que certaines interprétations soient laissées à l'appréciation des juges.

La nature particulière du logiciel au regard du droit d'auteur a été rappelée : il doit être reproduit pour être utilisé, son expression ne dévoile pas les idées sous-jacentes, sa valeur réside essentiellement dans ces idées et dans le savoir-faire qu'il met en œuvre davantage que dans son expression en code (140), et c'est un produit évolutif nécessitant des adaptations et des corrections fréquentes.

Pour éviter les conséquences indésirables ou absurdes d'une application rigide du droit d'auteur à cette nouvelle catégorie d'œuvres, la directive a le mérite d'avoir prévu différentes exceptions (droits d'utilisation, de correction, d'observation, de décompilation); la formulation de ces exceptions n'est cependant pas toujours très claire, de sorte que leur interprétation, nécessairement restrictive, ne sera pas toujours aussi favorable aux utilisateurs et aux concurrents que ce qui avait été souhaité par certains.

De façon générale, la directive illustre une tendance actuelle du droit d'auteur classique à se rapprocher du système anglo-saxon du « copyright », dont l'objectif est davantage orienté vers la protection des investissements (141); c'est ce qui explique notamment l'exigence d'un degré d'originalité peu élevé, et le principe des droits accordés à l'employeur de l'auteur. L'avenir dira si cette évolution, qu'on observe notamment à propos de la protection des logiciels, se généralisera pour couvrir d'autres catégories d'œuvres (142).

Une bataille d'influence s'est achevée à Bruxelles avec l'adoption de la directive après plus de deux années de négociations; la suite se déroulera maintenant dans les parlements nationaux (pour l'introduction de la directive en droit interne), puis devant les juridictions nationales (pour l'application des nouvelles dispositions législatives), et le cas échéant, devant la Cour de justice des Communautés (pour l'interprétation des dispositions de la directive).

Mais dans une large mesure, les règles du jeu ont maintenant été précisées.

Fabienne BRISON et Jean-Paul TRIAILLE

(140) J.H. Reichman, « La protection des dessins et modèles et les nouvelles techniques : l'expérience des Etats-Unis d'Amérique dans une perspective transnationale (2^e partie) », *La propriété industrielle*, 1991, p. 285.

(141) Cf., à ce sujet, A. Françon, « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law », *R.I.D.A.*, 1991, n° 149, pp. 3 et s.

(142) A propos d'un « risque de dégénérescence du droit d'auteur », voy. notamment, J. Corbet, « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », *R.I.D.A.*, 1991, n° 148, pp. 59 et s.

PROCEDURE CIVILE. — DEMANDE. — Instruction. — CONCLUSIONS ADDITIONNELLES. — Dépôt tardif. — Articles 747 et 748 du Code judiciaire. — Portée. — Rejet des conclusions. — Conditions.

Cass. (1^{re} ch.), 31 octobre 1991

Prés. : M. Sace, prés. de sect.
Rapp. : M. Sace, prés. de sect.
Min. publ. : M. Pirret, av. gén.
Plaid. : M^e Simont.
(Maes c. Bernard).

Si l'article 747 du Code judiciaire permet aux parties de prendre sur le barreau des conclusions nouvelles, il n'impose pas au juge l'obligation d'y avoir égard en toutes circonstances.

Doivent être écartées des débats, sur le fondement de l'article 748 du même Code, des conclusions additionnelles tardives si elles empêchent la bonne administration de la justice et lèsent fautivement les droits de l'autre partie.

Vu le jugement attaqué, rendu le 20 mars 1990 par le tribunal de première instance de Nivelles, statuant en degré d'appel;

Sur le premier moyen, pris de la violation du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, du principe général du droit prohibant l'abus de droit, des articles 1382, 1383 du Code civil, 741, 747, 748, 751, 860, 862, 863 du Code judiciaire et 97 de la Constitution,

en ce que le jugement attaqué rejette des débats les conclusions d'appel additionnelles déposées par le demandeur au greffe du tribunal le 19 janvier 1990, au motif qu'« accepter les conclusions additionnelles (du demandeur), déposées tardivement et n'étant pas des conclusions de pure forme, porterait gravement préjudice (au défendeur) qui, devant la nécessité d'y répondre, eût dû demander la remise de la cause, alors qu'une date de remise, eu égard à l'encombrement de cette chambre, ne pourrait être accordée avant le mois de novembre 1990 »,

alors que, première branche, aucune disposition légale n'impose aux parties à peine de nullité ou de déchéance de déposer leurs conclusions dans un délai déterminé avant l'audience fixée; qu'au contraire, l'article 747 du Code judiciaire reconnaît aux parties le droit de prendre des conclusions nouvelles sur le barreau; que les délais pour conclure, prévus à l'article 748 du Code judiciaire, ne sont pas prescrits à peine de nullité; qu'aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi; que l'article 751 du Code judiciaire détermine la seule sanction dont peut faire l'objet la partie qui n'a pas conclu dans le délai fixé;

d'où il suit qu'en écartant ces conclusions additionnelles, le jugement attaqué a : 1^o méconnu le droit du demandeur — intimé au principal devant le tribunal de première instance — de conclure jusqu'à la clôture des débats (violation du principe général du droit relatif au droit de défense et de l'article 747 du Code judiciaire), 2^o illégalement tenu pour nul et non avenue l'acte de procédure constitué par ces conclusions additionnelles (violation des articles 741, 748, 751, 860, 862 et 863, C. jud.);

deuxième branche, si le jugement attaqué devait être interprété comme ayant fondé sa décision d'écarter des débats les conclusions additionnelles du demandeur sur un abus de droit commis par ce dernier, une telle décision ne serait pas légalement justifiée, 1^o à défaut d'avoir relevé la réunion en l'espèce des conditions d'application du principe général de l'abus de droit en omettant de constater que le demandeur aurait exercé son droit de défense d'une manière dépassant manifestement les limites d'un exercice normal de ce droit, ou que le demandeur avait déposé ses conclusions additionnelles le 19 janvier 1990 à des fins malicieuses ou sans intérêt légitime pour lui ou encore pour un intérêt sans commune mesure avec le préjudice causé à l'autre partie (violation des dispositions visées au moyen, spécialement du principe général du droit prohibant l'abus de droit et des articles 1382 et 1383, C. civ.); 2^o pour avoir violé le droit de défense du demandeur en retenant à sa charge un abus de droit qui ne lui était pas imputé de part adverse, sans lui donner l'occasion de s'expliquer sur cet abus prétendu (violation des dispositions visées au moyen et spécialement du principe général du droit relatif aux droits de la défense);

Sur l'ensemble du moyen.

Attendu que le jugement attaqué énonce « qu'à l'audience (du) 23 janvier 1990, l'appelant (ici le défendeur) (a) dépos(é) une note aux termes de laquelle il demande le rejet des conclusions additionnelles de l'intimé (ici le demandeur), qui lui ont été communiquées le 22 février (lire janvier) 1990 alors que notamment ses conclusions (avaient été) communiquées à (cette partie) depuis le 13 janvier 1989 et que la cause était fixée depuis le 20 mars 1989, qu'accepter les conclusions additionnelles (du demandeur), déposées tardivement et n'étant pas des conclusions de pure forme, porterait gravement préjudice à la partie appelante (ici le défendeur) qui, devant la nécessité d'y répondre, eût dû demander la remise de la cause alors qu'une date de remise, eu égard à l'encombrement de cette chambre, ne pourrait être accordée avant le mois de novembre 1990 », pour dire qu'il y a lieu de rejeter des débats ces conclusions additionnelles;

Attendu qu'il se déduit de ces considérations, qui ne sont pas entachées de l'obscurité ni de l'ambiguïté dénoncées par la troisième branche du moyen, que le tribunal d'appel n'a pas déclaré nulles les conclusions additionnelles du demandeur, qu'il s'est borné à les écarter des débats pour les motifs qu'il indique, et qu'il n'a pas fondé sa décision sur un abus de droit de la part du demandeur;